

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA  
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 20 de febrero de 2019.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don P.A.O., en representación de la empresa DGM VASCULAR S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de suministros “Material de Cirugía Bariátrica del Hospital Universitario de Getafe, 32 lotes” este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 1 y 21 de diciembre de 2018 se publicó respectivamente en el DOUE y en el BOCM el anuncio de licitación del contrato de referencia. Así mismo, con fecha 30 de noviembre de 2018 se publicó en la Plataforma de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

El valor estimado del contrato asciende a 1.800.301,96 euros y su plazo de duración es de 24 meses.

**Segundo.-** Interesa conocer a los efectos de resolución del presente recurso el siguiente apartado del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares:

*“Cláusula 1.1 Características del contrato: Los licitadores deberán ofertar todos los códigos incluidos en un lote, salvo que por su composición se considere que la oferta no precisa alguno de los artículos incluidos en dichos lotes.*

...

*Lote Nº 16: PROTECTOR DE INCISIONES QUIRÚRGICA PARA CIRUGÍA LAPAROSCÓPICA ASISTIDA: Con sistema opcional de cierre y de inserción de trocares, compuesto de 2 aros, el exterior rígido y el interior flexible unidos por film transparente de gran resistencia que permita la retracción de bordes de la herida así como la protección ante la infección de los mismos.*

16	34	65400	DISPOSITIVO PARA INCISIONES DE 5 A 9 CM CON SISTEMA DE CIERRE MEDIANTE TAPA CON SELLO ADAPTABLE A UN TRÓCAR PARA RECUPERAR PNEMOPERITONEO	30
	35	65399	DISPOSITIVO PARA INCISIONES DE 2,5 A 6 CM CON SISTEMA DE CIERRE MEDIANTE TAPA CON SELLO ADAPTABLE A UN TRÓCAR PARA RECUPERAR PNEMOPERITONEO	30
	36	41480	DISPOSITIVO PARA INCISIONES DE 5 A 9 CM, SIN TAPA	90
	37	63100	DISPOSITIVO PARA INCISIONES DE 2,5 A 6 CM, SIN TAPA	80

**Tercero.-** El 18 de enero de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de DGM VASCULAR S.L., en el que solicita la anulación de los Pliegos de Prescripciones Técnicas por incurrir en determinaciones claramente anticompetitivas, al favorecer la adjudicación a una empresa en concreto.

El 30 de enero de 2019 el órgano de contratación remitió el copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones fueron puestos a disposición de los licitadores el 31 de enero de 2019 e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 18 de enero de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra los pliegos de condiciones en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

**Quinto.-** El recurso se fundamenta en una pretendida vulneración del principio de concurrencia en el lote 16 ya que a su juicio *“Los anillos de retracción de tejido son utilizados y específicamente diseñados para Cirugía Abierta con el objetivo de evitar la contaminación de la cavidad intraperitoneal. Por ello, todas las compañías que trabajan este producto están focalizadas en esta vía de abordaje e indicación.*

*En esta línea, recientemente una de las empresas líderes del mercado, la mercantil APPLIED MEDICAL, ha lanzado una nueva gama de estos anillos como alternativas a los puertos únicos (cada vez menos utilizados). Este lanzamiento*

*permite de forma más sencilla combinar este producto en cirugías laparoscópicas asistidas por cirugía abierta.*

*Justamente por lo explicado, se tiene que considerar que este producto o referencia (36 y 37) no puede incluirse en el Lote 16 ya que hablamos de una referencia o código totalmente diferente con indicaciones y posibilidades muy diferentes a los convencionales descritos anteriormente.*

*De esta forma, lo que se pretende evitar fraudulentamente es la concurrencia de ofertas a través de la inclusión de una referencia o código de una naturaleza y funcionamiento totalmente diferente a los demás descritos en el mismo lote”.*

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que el Pliego de Prescripciones Técnicas no se ha elaborado pensando en favorecer a una empresa concreta, sino que obedece a la necesidad de adquirir un producto eficaz y que permite reducir el coste, no de forma arbitraria, sino de forma motivada y razonada, sin que por ello suponga discriminación para los licitadores o que vaya en contra del principio de libre concurrencia, ya que no se indica ninguna marca, sino que se define un producto eficaz, por lo que se justifica la inclusión de todos los productos en un solo lote por la necesidad de utilizar el mismo dispositivo en las incidencias que se señalan.

A parte de esas consideraciones, el Servicio de Cirugía General del Hospital emite un informe justificativo, del que se dará cuenta más adelante.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Cabe indicar que la circunstancia de que un producto sólo pueda ser proporcionado por una o pocas empresa no es constitutivo por sí sola de vulneración de la libre competencia. Así la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre de 2002, dictada en el asunto C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab,- relativa a criterios de adjudicación, pero cuyos principios generales pueden aplicarse al caso que nos ocupa.- frente a la alegación de que se habían atribuido puntos adicionales por la utilización de un tipo de autobús que, en realidad, un único licitador, podía proponer, afirma que *“el hecho de que sólo un número reducido de empresas entre las que se encontraba una que pertenecía a la entidad adjudicadora pudiera cumplir uno de los criterios aplicados por dicha entidad para determinar la oferta económicamente más ventajosa no puede, por sí solo, constituir una violación del principio de igualdad de trato”*.

Debe además considerarse que nos encontramos en un proceso de competencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen en pie de igualdad, conociendo de antemano los parámetros con los que va a ser evaluado su producto para poder realizar la oferta que consideren económicamente más ventajosa.

Cabe recordar también que las características técnicas de los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

El artículo 126.1 de la LCSP establece con carácter de principio general que *“Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 132 y 124, proporcionaran a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”*.

*Añadiendo el apartado 6: “Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas patentes o tipos. O a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos (...).”*

Sentado lo anterior procede examinar si en este caso se produce la restricción a la competencia alegada por la recurrente por la inclusión de los productos o referencias 36 y 37 en el lote 16, dada la obligación establecida en la cláusula 1 del PCAP de que los licitadores deberán ofertar todos los códigos incluidos en un lote.

Considera el recurrente que no procede incluir en un mismo lote los códigos 36 *“Dispositivo para incisiones de 5 a 9 cm con tapa con sello adaptable”* y código 37 *“Dispositivo para incisiones de 2,5 a 6 cm con tapa con sello adaptable”*, por un lado y por otro los códigos 37 *“Dispositivo para incisiones de 5 a 9 cm sin tapa”* y 38 *“Dispositivo para incisiones de 2,5 a 6 cm sin tapa”*. Señal que estos últimos son códigos diferentes con indicaciones y posibilidades muy diferentes a los convencionales.

Al margen de las consideraciones técnicas del informe del órgano de contratación sobre la calidad de los productos para una prestación adecuada del servicio sanitario, lo que interesa destacar es la justificación concreta referente a *“que durante el procedimiento asistido y con las connotaciones mencionadas de la pared abdominal y la introducción de instrumental, se pueden producir roturas, desgarros, contaminaciones inadvertidas de los aros rígido y flexible que deben ser sustituidos por otros similares aprovechando la tapa usada anteriormente. Por este motivo, se ha contemplado la inclusión del mismo dispositivo sin tapa en el mismo lote números de orden 36 y 37) por el ahorro económico que supone en cada dispositivo (45%, de un gasto de 48 €/unidad a un gasto de 88 €/unidad”*.

Aun cuando la explicación no resulta lo clarificadora que debería, si se advierte que lo que pretende el órgano de contratación al incluir todos los productos en el mismo lote es que las tapas de los dispositivos que han sufrido roturas o desgarros se aprovechen para otros dispositivos, por lo que deben ser compatible entre sí, lo que justificaría que sean de la misma marca. En este sentido, resulta razonable la compra prevista de menos productos con tapa (30 unidades), frente a los sin tapa (90 y 80) ya que para estos últimos se podrá utilizar las tapas de los dispositivos rotos o estropeados, de ahí que su precio se reduce prácticamente a la mitad. Estos parámetros carecerían de sentido si los dispositivos sin tapa fueran incompatibles con las tapas de los estropeados, ya que haría inviable su uso.

Por todo ello, se considera justificada la inclusión en el mismo lote de todos los productos de referencia.

Por todo lo anterior procede la desestimación del recurso.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

## **ACUERDA**

**Primero.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don P.A.O., en representación de la empresa DGM VASCULAR S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de suministros “Material de Cirugía Bariátrica del Hospital Universitario de Getafe”.

**Segundo.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista

en el artículo 58 de la LCSP.

**Tercero.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.